## الفرع الأول

## حجج الفقه الإسلامى .

استدل من قال بأن القاضى مخير بين الحكم والإعراض عند تداعى غير المسلمين لديه بأدلة كثيرة منها :-

أولاً : قول الله تعالى ﴿ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾[1] فالآية محكمة غير منسوخة وهى تفيد تخيير القاضى عند ترافع غير المسلمين إليه بين الحكم أو الإعراض عنهم وردهم إلى أهل دينهم .[2]

ثانياً : ذكر الإمام الشافعى ﷺ أن رسول ﷺ أقام بالمدينة وبها يهود خيبر وفدك وكانوا كذلك باليمن، وكذلك فى زمان أبى بكر وصدْر من خلافة عمر حتى أجلاهم وكانوا بالشام والعراق واليمن فى ولاية عمر وعثمان وعلى – رضى الله عنهم أجمعين – ولم يُسْمَع لرسول الله ﷺ فيهم حكم إلا رجمه يهوديين زنيا وتراضيا بحكمه، ولا لأبى بكر ولا لعمر ولا لعثمان ولا لعلى، وهم أى اليهود بشر يتظالمون ويختلفون ويحدثون فلو لزم الحكم بينهم لزومه بين المسلمين لنقل إلينا عن النبى ﷺ[3]

---

(1)جزء الآية 42 – سورة المائدة .

(2)المغنى والشرح الكبير – لموفق الدين ابن قدامة – دار الكتاب العربى – بيروت – لبنان 1392هـ / 1972م جـ 1 – صـ623، 624، كشاف القناع – جـ 5 – صـ116 ،، المدونة الكبرى – جـ 3 – صـ 312 ،، مغنى المحتاج – جـ 4 – صـ 329، 330 ،، زاد المحتاج – جـ3 – صـ245

(3)الأم – جـ 4 – صـ129، 130 .



## الفرع الثانى

## حجج فقهاء القانون .

أولاً :- ليس هناك ما يجبر القضاء الوطنى على النظر فى نزاع لا يرتبط بالإقليم الوطنى على أى وجه من الوجوه وبالتالى لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه، ومن ثم يحق للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها رغم خضوع الخصوم اختيارياً لولاية قضائية [1]

ثانياً :- إن القول بجواز التخلى عن الاختصاص الثابت فى ظل التشريع المصرى يبدو متسقاً مع مفهوم النظام العام فى مجال الاختصاص القضائى الدولى فحالات الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية التى أوردتها النصوص التشريعية تمثل حداً أو مستوى عاماً معقولاً للمشاركة المصرية فى نظر المنازعات الدولية على نطاق الجماعة الدولية ... لذلك يجب أن يتقرر لهذا القاضى مجابهة الحالات التفصيلية التى يبدو من ظروفها الموضوعية أن الاختصاص المصرى لن يحقق فائدة ترجى نتيجة انعدام القيمة الفعلية للحكم الذى سوف يصدره على النطاقين الداخلى والدولى، هنا يحق له التخلى عن الاختصاص، وفى هذا درءٌ للعبث عن التشريع المصرى وعن السلطة القضائية، وذلك مادام أن حكمه سوف يظل مجرد قصاصات من الورق لا جدوى منها، والأصل فى التشريع والقضاء تجنب العبث .[2]

---

(1)د/ هشام صادق – تنازع الاختصاص .... صـ60.

(2)د/ أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص القضائى الدولى ..... بند 149 – صـ158، 159

ثالثاً : إذا كان الهدف من تنظيم الاختصاص الدولى عموماً هو إيجاد محكمة ملائمة لغايات العدالة ، فإن تخلف ذلك تعين على المحكمة أن تتخلى عن نظر الدعوى، وهو أمر تقديرى للمحكمة استناداً إلى عدة اعتبارات منها قوة وجدية الصلة بين النزاع والنظام القانونى لدولة المحكمة ، ومنها مدى كيد رافع الدعوى، ومدى فعالية الحكم الذى ستصدره المحكمة .[1]

رابعاً : إن فريقاً من الشراح [2] قد قسم حالات الاختصاص القضائى إلى اختصاص قاصر على القضاء الوطنى واختصاص مشترك بين القضاء الوطنى والقضاء الأجنبى، فما الذى يمنع من التخلى عن الاختصاص المشترك كلما كانت الصلة بين النزاع وبين الإقليم المصرى صلة محدودة .

---

(1)د/ أحمد عبد الكريم سلامه – فقه المرافعات .... بند 250 – صـ311، 312

(2)انظر فى القول بتقسيم الاختصاص إلى قاصر ومشترك د/ محمد كمال فهمى أصول القانون الدولى الخاص – مؤسسة الثقافة الجامعية – 1992م – صـ617 وما بعدها، ويتابع البعض مقسماً له إلى اختصاص وجوبى وجوازى د/ أحمد عبد الكريم سلامة – أصول المرافعات .... صـ208 وما بعدها، بينما يرى البعض حصر الحالات التى تتعلق بالنظام العام فى ثلاث حالات هى :- 1- إذا تعلق النزاع بعقار كائن فى مصر . 2- إذا تعلق الأمر باتخاذ إجراء وقتى أو تحفظى . 3- إذا تعلق الأمر بتنفيذ جبرى يتم فى مصر . د/ هشام خالد – دروس فى القانون القضائى الدولى 1988م، 1989م – صـ104، 105، وانظر فى عرض الاختصاص القاصر والمشترك بالتأصيل بحث د/ عكاشة عبد العال – تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتى الاختصاص القاصر والمشترك .... صـ191 وما بعدها، وانظر أيضاً : د/ هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص .... صـ96، 97



# المبحث الثالث

## نقد وتقييم الاتجاهين السابقين

كلا الاتجاهين السابقين يمسك بطرف من الحقيقة ، وأن كلاهما قد أصاب وأخطأ ، لذا أقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة أخصص الأول منها لنقد وتقييم الاتجاه الأول، وأجعل الثانى لنقد وتقييم الاتجاه الثانى، وأعقب بالثالث ما بدا لى رجحانه وذلك على النحو التالى :-

### المطلب الأول

### نقد وتقييم الاتجاه الأول الرافض للتخلى .

إن بين جنبات هذا الاتجاه فقه الشريعة وفقه القانون، وأخصص لتقييم كل منهم فرعاً مستقلاً على النحو الآتى :-

### الفرع الأول

### تقييم أدلة المانعين للتخيير فى الفقه الإسلامى .

أولاً :- دعوى نسخ الآية الكريمة " فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " [1] فهذه الدعوى لم تسلم لهم من عدة وجوه والأصح والأقطع أنها لم تنسخ وأنها محكمة لما يأتى :-

1- أن الآية الكريمة نزلت فى شأن غير الوطنيين من غير المسلمين وقد نزلت فى حق المهادنين [ الأجانب ] وأهل العهد وإن الآية غير منسوخة وذلك ما روى عن ابن عباس – رضى الله عنهما – مما رواه محمد بن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة أن ابن عباس قال : أن الآية

---

(1)جزء الآية 42 – من سورة المائدة .

التي في المائدة يعني قوله تعالى ( فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ) إنما نزلت في الدية بين بني قريظة وبني النضير، وذلك أن بني النضير كان لهم شرف يأخذون به دية كاملة عن قتيلهم، وأن بني قريظة يأخذون نصف الدية عن قتيلهم، فتحاكموا إلى رسول الله ﷺ فأنزل الله تعالى عليه ذلك فيهم، فحملهم رسول الله ﷺ على الحق في ذلك فجعل الدية سواء بينهما . ومن المعلوم أن بني قريظة وبني النضير لم يكونا من الوطنيين " أهل الذمة " وقد أجلى رسول الله ﷺ بني النضير، وقتل بني قريظة، ولو كان لهم ذمة لما أجلاهم ولا قتلهم، وإنما كان بينه وبينهم عهد وهدنة فنقضوها[1] حتى قال بعض المفسرين : " فيجوز حينئذ أن يكون حكمها باق في حق [ المسالمين من غير المسلمين ] وحكم الآية الأخرى في وجوب الحكم بينهم بما أنزل الله ثابتاً في حق [ الوطنيين من غير المسلمين ] وأنه لا نسخ في الآية الكريمة[2]

2- أنه لا يوجد نسخ في الآيتين الكريمتين لإمكان الجمع بينهما، قال تعالى " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم " أفادت الآية الكريمة إباحة التحاكم إلى القاضي المسلم وأباحت للقاضي أن يحكم بينهم، أو أن يعرض عنهم ثم قررت أنه عند اختيار القاضي الحكم بينهم فلابد أن يكون حكمه بالقسط ولكن ما هو القسط الذي يحكم به ؟ جاءت الآية التاسعة والأربعون بقول الله تعالى : " وأن احكم بينهم بما أنزل

---

(1)الجصاص – أحكام القرآن – جـ4 – صـ88، 89 ،، والفخر الرازي – التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب – دار الفكر العربي – ط 1 – مجلد 6 – جـ11 – صـ242

(2)الجصاص – أحكام القرآن – جـ4 – صـ88، 89 ،، وانظر مغني المحتاج – جـ4 – صـ329 .



الله ولا تتبع أهوائهم " لتبين أن هذا هو القسط وهو الحكم بما أنزل الله تعالى، فمثلاً لو كان الزواج بالأم عندهم معتقداً به ثم جاءوا إلى القاضي المسلم ليفصل بينهم فيه، وقبل القاضي الفصل بينهم فلابد أن يحكم بما أنزل الله فيه وهو إبطال هذا الزواج ولذلك تعقب الآية بقول الله – تعالى - " ولا تتبع أهوائهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك " وهذا كله يؤيد أن الآية الثانية لم تنسخ الأولى وإنما حددت المحكوم به عند اختيار الحكم بينهم وليس في حالة الإعراض عنهم .[1]

3- قال ابن العربي في التعليق على نسخ آية التخيير بقوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " وهذه دعوى عريضة، فإن شروط النسخ أربعة : ومنها معرفة التاريخ بتحصيل المتقدم والمتأخر، وهذا مجهول من هاتين الآيتين فامتنع أن يدعى أن واحدة منهما ناسخة للأخرى ويبقى الأمر على حاله . أ . هـ[2]

ثم قال القرطبي : قد ذكر النحاس أن هذه الآية متأخرة في النزول إلا أن يقدر في الكلام بعد قوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " إن شئت، وذلك حيث تقدم ذلك التخيير له ﷺ في آية التخيير، ثم حذف التخيير من الآية الثانية لدلالة الأولى عليه لأنه معطوفٌ عليه فحكم التخيير كحكم المعطوف عليه، فلابد أن يكون قوله تعالى " وأن احكم بينهم بما أنزل الله " معطوفاً على ما قبله من قوله تعالى " وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط " ومن قوله تعالى " فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم

---

(1)في هذا المعنى انظر : المغني لابن قدامة – جـ 8 – صـ214، 215 .

(2)ذكره القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – دار الحديث – مجلد 3 – جـ 6 – صـ562 .

" فهو محكم غير منسوخ، لأن الناسخ لا يكون مرتبطاً بالمنسوخ معطوفاً عليه، فالتخيير محكم غير منسوخ ثم قال القرطبى هكذا قاله مكى رحمه الله . أ . هـ [1]

4- ومما يؤكد عدم النسخ أيضاً : أن الآية رجحت جانب الإعراض عنهم على جانب الحكم بينهم وهذا مستفاد من قوله تعالى " فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا " فنفى المؤاخذة عند الإعراض وعدم الحكم مرجح للإعراض عنهم، أما عند الحكم بينهم فلم تنف المؤاخذة إنما احكم بالقسط، بما يفيد أن اختيار الحكم سيكون اختياراً للأشق والأثقل، وقد علم أن النبى ﷺ كان إذا خير بين أمرين اختار أيسرهما ولعل هذا هو الذى دفع الإمام مالك ﷺ أن يقول : " وأحب إلى ألا يحكم بينهم " [2]

يقول الفخر الرازى : " قال تعالى " وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً " والمعنى أنهم كانوا لا يتحاكمون إليه إلا لطلب الأسهل والأخف كالجلد مكان الرجم فإذا أعرض عنهم وأبى الحكم بينهم شق عليهم وصاروا أعداء له فيبين الله – تعالى - أنه لا تضره عداوتهم له شيئاً . [3]

5- أما عما نسب لبعض الصحابة كابن عباس من القول بالنسخ فهو معارض بما روى عن آخرين من عدم النسخ فمن قال بعدم النسخ : الشعبى والنخعى وقتادة ورواية عن الحسن وعطاء، وأبو بكر الأصم

(1)القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – جـ 6 – صـ562
(2)المدونة الكبرى – رواية سحنون – جـ 3 – صـ312
(3)تفسير الرازى – ط 1 – مجلد 6 – جـ 11 صـ242



أبو مسلم [1] بل نقل عن ابن عباس والحسن فى شأن سورة المائدة قولهما : إنه لا منسوخ فيها " [2]

6- روى عن جبير بن نفيل قال : حججت فدخلت على أم المؤمنين عائشة – رضى الله عنها – فقالت لى : يا جبير تقرأ المائدة ؟ فقلت : نعم فقالت: إنها آخر سورة نزلت ما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه . [3]

7- ما نقله فتح القدير من أن بعض الأئمة قالوا بعدم النسخ مطلقاً فى سورة المائدة فمن هذا ما أخرجه أبو داود والنحاس عن أبى ميسرة عمر بن شرحبيل قال : " لم ينسخ من المائدة شيء "، وكذا ما أخرجه سعيد بن منصور وابن المنذر عنه، وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود فى ناسخه، وابن جرير وابن المنذر عن الشعبى وكذا أخرجه عبد بن حميد وأبو داود فى ناسخه وابن المنذر عن الحسن البصرى [4]

(1)المغنى لابن قدامة – جـ 8 – صـ214، 215 ،، والمغنى والشرح الكبير – جـ 10 – صـ723، 624 ،، الجصاص – جـ 4 – صـ87 وما بعدها ،، والرازى – جـ 11 – صـ242 ،، والقرطبى – جـ 6 – صـ184، 185 ،، والماوردى فى تفسيره – دار الصفوة – ط 1 – 1413هـ / 1993م – جـ 1 – صـ490 ،، وتفسير المراغى – جـ 4 – صـ120 .
(2)نقله القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – مجلد 3 – جـ 7 صـ676 .
(3)الأثر عن أم المؤمنين أورده الحافظ بن كثير فى تفسيره – تحقيق عبد العزيز غنيم، محمد أحمد عاشور، محمد إبراهيم البنا مكتبة دار الشعبة 1971م – مجلد 3 صـ3، وتفسير فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية للإمام الشوكانى طبعة مصطفى البابى الحلبى 1383هـ / 1964م – ط 2 – جـ2 – صـ3 .
(4)الإمام الشوكانى – تفسير فتح القدير – جـ2 – صـ42

من هنا فإن دعوى النسخ لم تسلم وإن سلمت فإنها محمولة على نسخ الحكم فى حق الوطنيين من غير المسلمين، وحكمها باق فى حق الأجانب المسالمين وغير المسالمين . [1]

ثانياً : أما عن قول الحسن البصرى " خلوا بين أهل الكتاب [2] وبين حاكمهم فإن ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم " فليس فيه حجة على وجوب الحكم بينهم عند تداعيهم إلى القضاء الإسلامى لأنه:

أولاً:- لا يصلح ناسخاً لنص قرآنى محكم، ولم يقل أحد بأن قول التابعى أو الصحابى يصلح ناسخاً للقرآن أو السنة .

ثانياً:- أن فى قول الحسن ما يفيد بيان المحكوم به وهو الشريعة الإسلامية عند ترافعهم إلى القاضى المسلم واختيار القاضى للحكم لا للإعراض عنهم حينئذ فإن أقصى ما يفيده قول الحسن هو الحكم عند اختياره بالشريعة الإسلامية .

ثالثاً : ما روى عن سيدنا عمر ﷺ من كتابه إلى بنى تميم وفيه وجوب التفريق بين الأزواج منهم من ذوى المحارم فيجاب على هذا بأن هذا اختيار من عمر ﷺ للحكم، فهذا اختيار بمقتضى الآية وليس فيه دليل

---

(1)مغنى المحتاج – جـ 4 – صـ329، 330

(2)وقد يعترض بأن التعبير بلفظ أهل الكتاب أفضل من التعبير بالوطنيين من غير المسلمين ! ويجاب عليه بأن التعبير بأهل الكتاب أخص من التعبير بالوطنيين من غير المسلمين ، ذلك أن لفظ الوطنيين من غير المسلمين يشمل أهل الكتاب وغيرهم ، كما أن لفظ أهل الكتاب يشمل بعض الوطنيين وغيرهم ممن لم يدخل فى ذمة المسلمين فليس كل أهل الكتاب وطنيين وليس كل الوطنيين أهل كتاب .



على نسخ أو إلغاء، ثم الذين ذكروا فى الأثر عن عمر هم من الوطنيين غير المسلمين فيبقى حكم التخيير فى حق الأجانب كما هو .

رابعاً : ما نسب للحسن البصرى من قوله : " بأن أهل الذمة إذا كانوا فينا فمواريثهم كمواريثنا " يجاب عليه بأن هذا حكم خاص بالمواريث فقط لما لها من مالية خاصة، وكذلك فهى فى حق الوطنيين من غير المسلمين ليبقى حكم الأجانب كما هو على التخيير .

خامساً : أما عن القياس على قطع يد السارق منهم وغيرها من الأحكام . فالجواب عليها واضح بأن القياس فى غير محله لأن المقيس عليه يدخل فى الأحكام العامة التى تتعلق بالنظام العام والتى تطبق على كل السكان بلا استثناء، وليست داخلة فى نطاق أحوالهم الشخصية فهى بهذا خارجة عن محل النزاع، وهى من الأمور التى تتعلق بالنظام العام مما لا يسع القاضى أن يتخلى عنه، ولا يحق للخصوم الاتفاق على سلبه من ولاية القضاء الإسلامى، وسواء فى ذلك ترافعوا أو لم يترافعوا إلى القضاء الإسلامى، وذلك فى شأن قطع يد السارق، وقتل الساحر، وإقامة الحدود عليهم .

## الفرع الثانى

## تقييم أدلة فقه القانون [ المانعين للتخلى ]

فمن جهة قد تأثر أصحاب الاتجاه المنتقد بالقانون الإيطالى والذى وضع قاعدة عامة مضمونها عدم جواز مخالفة قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الإيطالية وذلك بمقتضى المادة الثانية من قانون المرافعات

الإيطالى .[1] وتأثروا أيضاً بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون 1968م فى شأن عدم النص على التخلى وهى عندهم حجة قاطعة على عدم جواز التخلى، وهذا منهم يمثل تناقضاً مع الاستثناءات الضخمة التى أوردوها على حالات الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، والتى لا تستند إلى نص صريح أو ضمنى فى هذا التشريع[2] فَلِمَ يعيبون على القائلين بالتخلى قولهم، ويبررون قولهم بأنه لا سند لهم من التشريع المصرى؟ فإذا كان القول بالاستثناءات على الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية، تنفى اختصاص المحاكم المصرية فى ظل تشريع تولى تفصيلاً تحديد حالات الاختصاص الدولى لهذه المحاكم دون أن يتكلم عن هذه الاستثناءات، وكأن الفقه قد خلقها دون سند تشريعى وبمقتضاها قيد أو سلب من المحاكم المصرية اختصاصاً يشمله عموم النصوص التشريعية القائمة[3]

ومن جهة أخرى فإن القول بأن التخلى يؤدى إلى تحكم القضاة لمرونة المعيار الذى يبنى عليه، فإنه من الممكن وضع معايير منضبطة كما

---

(1)فى القول بهذا التأثر : د/ هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص – صـ39، وهو يشير إلى المادة 2 مرافعات إيطالى بالهامش رقم 80، وقد اعترض بعض الفقه على هذا التشابه المزعوم بين القانون المصرى ونظيره الايطالي والفرنسى، وذلك أن حال القانون المصرى فى هذا الصدد قد يختلف كثيراً عن حال هذين التشريعين وذلك سواء من حيث الاختلاف الهيكلى فى البناء التشريعى لقواعد الاختصاص القضائى الدولى فى كل من هذه التشريعات أو من حيث إمكانية المرونة أو ضرورتها فى تفسير النصوص التشريعية المتميزة القائمة فى كل منها شأن هذا الاختصاص . د/ أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص ... صـ147 وهامش 2 .

(2)انظر هذا الاعتراض : د/ أحمد قسمت .... مبادئ .... صـ152، 153

(3)د/ أحمد قسمت – مبادئ ...... صـ156، 157



أنه خاضع لرقابة محكمة النقض، وأما عن القول بأنه قد يؤدى إلى إنكار العدالة، فإن الفقه القائل بالتخلى قد اشترط عدم الوصول إلى هذه النتيجة وهى إنكار العدالة وذلك بأن يكون هناك محكمة مختصة بالفعل وأقدر على الحسم وأكثر صلة بالنزاع المعنى .[1]

ومن جهة ثالثة : فإذا كان الفقه قد تكلم عن إعطاء الإرادة دوراً فى سلب الاختصاص كما أن لها دوراً فى جلب الاختصاص[2] فإن إعطاء القاضى هذا الحق يكون من باب أولى وذلك وفق ضوابط وفى إطار معين ويخضع من ثم لرقابة قضاء النقض .

**التعقيب على هذا الاتجاه**

بعد عرض فقه هذا الاتجاه وتحليل أدلته وحججه، وعرض النقد الموجَّه إليه يمكننى أن أقول :

1) إن التخيير للقاضى المسلم قد سلم من النقد وتأكد فى حق الأجانب من غير المسلمين وأنه قد تعثر فى حق الوطنيين من غير المسلمين .

2) إن الفقه الرافض للتخلى عن نظر الدعوى الواقعة فى إطار الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية بشكل مطلق، فقه على ندرته[3] مرجوح .

---

(1)د/ هشام خالد – طبيعة قواعد ..... صـ186 .

(2)د/ أحمد سلامه – فقه المرافعات .... صـ216 ،، د/ عكاشة عبد العال – الاختصاص القاصر والمشترك ... صـ195، 205 ،، د/ هشام خالد – طبيعة قواعد ..... صـ176، 177 .

(3)حيث لم يقل به سوى فقيهين هما : د/ عز الدين عبد الله، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم .

3) إن الفقه الذى رفض التخلى بشكل مطلق تمسك بالظاهرية الشكلية من النصوص من مثل القول بأن قواعد الاختصاص القضائى متعلقة بالنظام العام لورودها مصدرة بلفظ تختص الذى يفيد الوجوب .

4) وقد لاقى هذا الاتجاه تأييداً من بعض أحكام القضاء، فمن ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر عنها بجلسة 26 / 6 / 1918م و بجلسة 20 / 11 / 1918م إلى القول بتعلق قواعد الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية بالنظام العام فى مصر، وذلك فى ظل المادتين 13، 14 مدنى مختلط [1] ومنها الحكم الصادر فى 29 / 11 / 1995م فى الدعوى 95/1359 شمال القاهرة الابتدائية والتى رفضت تنفيذ حكم أجنبى قطرى لصدوره فى الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية وتعلق ذلك الاختصاص بالنظام العام .[2]

5) كما أن الفضل يرجع إلى هذا الاتجاه فى وضع ضوابط ومعايير منضبطة ومحددة لا يؤدى التخلى عند مراعاتها إلى إنكار العدالة أو الإخلال بتوقعات الأفراد أو الغش وكان هذا من خلال المآخذ التى أخذوها على التخلى عن نظر الدعوى والتى راعاها الفقه عند بحثه لهذه النظرية ومن ثم وصل إلى نتائج طيبة فى هذا الشأن

(1)مشار إليهما فى : د/ عز الدين عبد الله – القانون ... ط 8 صـ739، وقد أشار إليهما د/ هشام خالد – طبيعة .. صـ10، 11، 67 .

(2)انظر فى إيراد هذا الحكم والتعليق عليه : د/ هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص .... صـ54 وما بعدها .



## المطلب الثانى

## نقد وتقييم الاتجاه الثانى " القائلين بالتخلى "

### الفرع الأول

### النقد الموجه إلى الفقه المجوِّز لتخيير القاضى المسلم مطلقاً عند تداعى غير المسلمين لديه .

أولاً : لم تسلم دعوى التخيير المطلقة من النقد، فقد ورد ما يؤكد نسخ هذا الحكم فى حق الوطنيين من غير المسلمين . فمن ذلك ما رواه مجاهد عن ابن عباس قال : نسخت من هذه السورة [ المائدة ] آيتان آية القلائد وقوله تعالى : ﴿ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ فكان رسول الله ﷺ مخيراً إن شاء حكم بينهم وإن شاء ردهم إلى حكامهم فنزلت ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ ﴾ فأمر رسول الله ﷺ أن يحكم بينهم بما فى كتابنا "[1] وأقل ما يقال أن هذا النسخ قد تأكد فى حق الوطنيين من غير المسالمين .

ثانياً : إن الوطنيين من غير المسلمين يلتزمون بأحكام الدار باعتبارهم من أهلها وقد رضوا بذلك، وهم مقرون على أن يكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا .[2] فالقول بتخيير القاضى فى شأنهم وردهم إلى حكامهم وشرائعهم لا يتناسب مع استقرار النظام فى البلاد وخاصة أن الروايات الكثيرة قد تضافرت وأقوال الكثير من الفقهاء قد توافرت على أن التخيير هذا حكمٌ خاصٌ بالأجانب من غير المسلمين، وقد بقى حكم

(1)الأثر عن ابن عباس، ذكره ابن حزم – المحلى بالآثار – جـ 9 مسألة 1795 – صـ425

(2)الجصاص – أحكام القرآن – جـ4 – صـ89

التخيير فى حق الأجانب [1] حتى قال الماوردى أن أهل العلم لم يختلفوا فى أن آية التخيير نزلت فى شأن الموادعين [ المستأمنين ] من يهود المدينة قبل فرض الجزية عليهم [2] وبمثله قال الجصاص والقرطبى والرازى والمراغى. [3]

ثالثاً : اعترض على القائلين بالتخيير بما ورد أن النبى ﷺ : ردأ رأس يهودى بين حجرين لأنه ردأ رأس جارية بين حجرين " [4] فهذا النص يمنع التخيير ويلزم بالحكم بين غير المسلمين عند تداعيهم، وأجيب على هذا الاعتراض بأن هذا من القصاص الذى يستوى فيه الكافة من جميع سكان الدار ولا وجه للتمييز، وهذا خارج عن محل النزاع .

---

(1)الجصاص – أحكام القرآن – جـ 4 – صـ 87، 88، 89، محمد جواد مغنية – الفقه على المذاهب الخمسة – دار الجواد – بيروت ط 7 صـ316 ،، مختصر اختلاف العلماء – الطحاوى – ج 3 – صـ390، 391، 392، 393 ،، شرح أدب القاضى – للإمام عمر بن عبد العزيز – دار الكتب العلمية – بيروت – صـ495 وما بعدها ،، المغنى لابن قدامة – جـ 8 صـ214، 215 ،، الانصاف جـ 4 – صـ235، 236

(2)الحاوى الكبير – جـ 18 – صـ446 .

(3)الجصاص – جـ4 – صـ88 – القرطبى – جـ 6 – صـ184 ،، الرازى – جـ11 – صـ242 ،، المراغى – جـ 4 – صـ120، 121 .

(4)رواه قتادة عن أنس – صحيح البخارى – كتاب الديات – باب إذا قتل بحجر وعصا – وكذا باب من اقادا بالحجر صـ1380 ،، صحيح مسلم – كتاب القسامة والقصاص والديات – باب ثبوت القصاص فى القتل بالحجر صـ841، 842 ،، ومسند أحمد – كتاب باقى سند المكثرين – باب باقى السند السابق رقم 13337 – وفى سند أنس بن مالك رقم 12428 ،، ورواه جابر بن سمرة – سنن ابن ماجه – كتاب الحدود – باب 10 حديث رقم 2557 – صـ855 .



## الفرع الثانى

## تقييم فقه القانون المؤيد للتخلى .

أولاً : إن فقه القائلين بالتخلى عن نظر الدعوى الواقعة فى إطار الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية طبقاً لأحد ضوابط الاختصاص المقررة فى القانون المصرى، فقه هذا الاتجاه تعوزه الشرعية القانونية، حيث إن القانون الحالى صدر خالياً من نص يقرر التخلى بل لقد صرحت المذكرة الإيضاحية عن عدول المقنن عن التخلى عن نظر الدعوى طبقاً للقانون الملغى، وهنا فإن هذا الاتجاه ينقصه السند التشريعى من القانون المصرى . فيقول بعض أنصار هذا الاتجاه : " ولكنه تفادياً للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق .... دون سند من النصوص التشريعية القائمة ففى تقديرنا أن مثل هذه الاستثناءات وغيرها يصح أن يدخل فى نطاق نظرية عامة للتخلى عن الاختصاص بمقتضاها يحق للقاضى المصرى أن يتخلى عن اختصاصه ... " [1]

بينما يدعو البعض المقنن إلى تقنين التخلى عن نظر الدعوى ويقترح لذلك القول بأنه : ويحق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر الدعوى أو تحيلها للمحكمة الأجنبية المعنية كلما كانت الأخيرة هى الأقدر على الفصل فيها " [2]

---

(1)د/ أحمد قسمت الجداوى – مبادئ ..... صـ157 .

(2)د/ هشام خالد – طبيعة قواعد ..... صـ186 .

ثانياً : إن المحاكم المصرية عندما يطلب إليها تنفيذ حكم أجنبى لا تعول كثيراً على فكرة التخلى عن نظر الدعوى والتى مقتضاها فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية أن القاضى يضع نفسه وكأن النزاع عرض عليه ابتداءً فإذا تبين له أنه قليل الصلة بالقضاء المصرى ومن ثم يمكن التخلى عن نظره، حينئذ يمكنه تنفيذ الحكم الأجنبى الصادر فيه، أما إذا تبين له أن النزاع المحكوم فيه بحكم أجنبى ويدخل فى اختصاص القضاء المصرى، وشديد الصلة بالقضاء المصرى حينئذ يمكنه رفض تنفيذ هذا الحكم . [1] ولكن القضاء المصرى لا يعول على ذلك فمن هذا حكم محكمة النقض المصرية بجلسة 2 / 7 / 1964م وقد قبلت تنفيذ الحكم الأجنبى الداخل فى اختصاص القضاء المصرى وذلك اعتماداً من المحكمة على أن هذا الاختصاص من قبيل الاختصاص المشترك وليس الاختصاص القاصر على المحاكم الوطنية . [2]

## المطلب الثالث

## نتائج وضوابط وتوصيات لفكرة التخلى

وأعرض فى هذا المطلب إلى نتائج العرض السابق، وضوابط للتخلى، وتوصيات لازمة له، ومن ثم أقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية :-

---

(1)د/ أحمد قسمت الجداوى – دراسات فى القانون الدولى الخاص – صـ204 .

(2)القضية رقم 29/232 قضائية – مجموعة أحكام النقض السنة 15 العدد 2 صـ909، وانظر حكمها فى 28 / 11 / 1990م ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة قواعد .... صـ116، الذى يشير إلى د/ عكاشة عبد العال الاختصاص ....... صـ307، والحكم غير منشور .



### الفرع الأول

### – نتائج العرض السابق .

فى الواقع أن عرض الاتجاهين السابقين حول التخلى عن نظر الدعوى القضائية الداخلة فى اختصاص القاضى الوطنى فى الفقه الإسلامى والفقه القانونى، ترتب على ذلك عدة نتائج من أهمها :-

أولاً :- أن المقطوع به فى فقه القانون، والراجح فى الفقه الإسلامى عدم جواز التخلى عن الدعوى مادام أنه كان فى أطرافها طرف وطنى، وفى الفقه الإسلامى وبالاتفاق مادام أنه كان فيها طرف مسلم .

ثانياً :- أن الراجح فى الفقهين الإسلامى والقانونى أن القاضى مخير بين الحكم أو التخلى عن الدعوى عندما يكون جميع أطرافها أجانب، بضوابط تأتى لاحقاً .

ثالثاً : أن التخلى مبرر ووجيه حتى عند المعارضين له، إذ هو وسيلة جيدة للحفاظ على كرامة القضاء والنأى به عن العبث الذى يتنافى مع مكانته، فالأحكام التى قد تصدر عن هذا القضاء بغير ارتباط حقيقى بهذا القضاء ليس لها إمكانية التنفيذ خارج الحدود، تركها أفضل والبعد عنها أعظم وأكرم .

رابعاً : أن التخلى عن نظر الدعوى القضائية فى الاختصاص القضائى بمنازعات أطرافها أجانب، وارتباطها به محدود أو معدوم نظرية قديمة قرر القرآن الكريم حكمها بقوله تعالى : ﴿ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ فهى ليست حدثاً جاءت به المدنية الحديثة فلعل لها جذوراً عميقة فى أصول الإنسانية منذ فجر التاريخ .

خامساً :- أن التخلى عن الدعوى يؤثر على تنفيذ الأحكام الأجنبية فيجعلها أكثر قبولاً عند طلب تنفيذها فى الدولة التى تخلت عن هذه الدعوى ابتداءً .

سادساً :- أن التخلى عن الدعوى لا يؤثر على حق التقاضى ولا يمس مركز الأجانب ولا يؤدى إلى إنكار العدالة .

## الفرع الثانى

## ضوابط التخلى عن نظر الدعوى .

لا يعقل أن يترك للقاضى مكنة التخلى عن كل دعوى لا يهواها وإنما وضع القائلون بالتخلى ضوابط تلزم عند إعماله، ولقد كانت المادة 865 من قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949م تنص على أنه : " فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين 2/861، 862 وحيث يكون القانون الواجب تطبيقه هو قانون الدولة التى ينتمى إليها جميع الخصوم بجنسيتهم يجوز للمحكمة مراعاة لحسن سير العدالة أن تكلف المدعى برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة إذا كان رفعها إليها جائزاً " وكان التخلى منوطاً بتوافر عدة شروط وهى ( أ ) يجب اتحاد الخصوم فى الجنسية (ب) أن يكون قانون جنسيتهم المشتركة هو الواجب تطبيقه على الدعوى . (جـ) أن تكون محاكم الخصوم مختصة بالفصل فى الدعوى، فإذا تحققت هذه الشروط حق للمحكمة أن تتخلى عن نظر الدعوى وتكلف المدعى برفع دعواه إلى المحكمة المختصة فى دولته (1)

---

(1)د/ منصور مصطفى منصور – مذكرات فى القانون الدولى الخاص 1957م – صـ372، 373 ،، د/ هشام خالد طبيعة قواعد الاختصاص ... صـ133، 134 .



ويمكننى أن أضع أربعة ضوابط بتحققها يمكن للمحكمة أن تتخلى عن نظر الدعوى .

**الضابط الأول :- أطراف الدعوى**

فيشترط فى أطراف الدعوى أن يكونوا جميعاً - وطبقاً للفقه الإسلامى - أجانب وغير مسلمين، وعلى ذلك لا يمكن قبول التخلى كلما كان أحد أطراف الدعوى وطنياً أو مسلماً طبقاً للفقه الإسلامى، حيث إن الفقه الإسلامى رأى إلزامية الدعوى كلما كان فيها طرف مسلم ولا خيرة للقاضى مع ذلك .

**الضابط الثانى : موضوع الدعوى**

فيشترط أن تكون المنازعة على حق من الحقوق الداخلة فى إطار القانون الخاص، أحوال شخصية أو عينية، ومن ثم إذا تعلقت المنازعة بالقانون العام فإنها تخرج عن نطاق النظرية الماثلة، وذلك حيث إنه لا يمكن للقاضى التخلى عنها .

**الضابط الثالث : القانون الواجب تطبيقه على الدعوى .**

يشترط هنا أن يكون القانون الواجب تطبيقه على الدعوى المراد التخلى عنها قانوناً أجنبياً وليس وطنياً لأنه لو كان وطنياً فإن الصلة تكون أكبر ومن ثم لا يصلح التخلى عن نظر الدعوى .

**الضابط الرابع : الرابطة التى تربط الدعوى بالمحكمة .**

حيث إن ارتباط الدعوى بالمحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية هو الذى يحدد إمكانية الفصل فى الدعوى أو التخلى عنها لصالح

المحكمة الأجنبية وهذا الضابط هو الذى اهتم به الفقه الحديث وأخذ فى تفصيله .[1]

## الفرع الثالث

## التوصيات

يا حبذا لو قنن المشرع المصرى هذه النظرية بهذه الضوابط وجعل القاضى بعد ذلك مخيراً بين الحكم فى الدعاوى المعنية أو التخلى عنها .

(1) وتحت عنوان فكرة الرابطة الوثيقة، انظر بالتفصيل : د/ هشام خالد – الاختصاص القضائى .. صـ175 وما بعدها





بعد هذا العرض لموضوع " آثار الزواج فى القانون الدولى الخاص والفقه الإسلامى – دراسة فى مسائل الجنسية والميراث والنفقة " والذى حاولت فيه - قدر طاقتى - الوصول إلى الحقيقة ، ولن أدعى الوصول إليها ، ولكن حسبى أنى اجتهدت فيه ولن أدعى الكمال فالكمال لله وحده ولن أقول أنى أخلصت فيه لأن دعوى الإخلاص تنافى الإخلاص ، هذا وقد حملته على لاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، فإن كان فيه من خير فمن الله وإليه وإن كان غير ذلك فمن نفسى وحسبى الله ونعم الوكيل ، وبعد فهذه نتائج هذا البحث التى توصلت إليها من بحثى :-

أولاً : الوصول إلى تحديد دقيق لماهية آثار الزواج والتى هى الأحكام التى تترتب على ابتداء الزواج وتستمر ببقائه وقد تمتد بعد انتهائه وقد كان أدق وصف فى ذلك قول الحق ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ ﴾البقرة: ٢٢٨

ثانياً: لم أتوصل إلى أن مصطلح أحكام الزواج أكثر دلالة على المعنى المراد من آثار الزواج وقد استخدمت مصطلح آثار الزواج لشهرته .

ثالثاً: أدت معالجة التقسيمات المختلفة لآثار الزواج إلى الآتى :-

1- معرفة الصحيح وغير الصحيح من آثار الزواج .

2- معرفة المستفيد الأكبر من آثار الزواج وهى الزوجة .

3- معرفة أن آثار الزواج مرتبطة بالزواج بل وممتدة بعده .

4- الوصول إلى أن آثار الزواج فى الفقه الإسلامى آثار شخصية حتى وإن وجد فيها عنصر مالى كالنفقة والمهر بخلاف القوانين الغربية التى تعرف النظام المالى للزواج .

رابعاً : اتضح لى أن الأحوال الشخصية هى ما سمحت به الشريعة العامة للدولة وللأقليات فيها من تطبيق شرائعهم الخاصة مما لا يتجاوز الشخص وأسرته ومما لا يتصل بكيان المجتمع وقد تبنت هذا المعنى القاعدة الفقهية ( اتركوهم وما يدينون )

خامساً: اتضح لى دخول آثار الزواج فى نطاق الأحوال الشخصية بما يترتب على ذلك من اختصاص قانونى وقضائى وخاصة فى الآتى :-

1- تخضع آثار الزواج للقانون الشخصى فى مصر فيخضع المسلمون لأحكام الشريعة الإسلامية وغير المسلمون لأحكام شرائعهم الملية

2- تخضع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية .

3- وأمور أخرى .

سادساً:تم التوصل إلى تصور العنصر الأجنبى فى آثار الزواج ومنازعاته وتنازع القوانين فيه وذلك من خلال أحد عناصر ثلاثة :-

1- الاعتراف بوجود طرف أجنبى فى العلاقة .

2- المحل يكون أحد موضوعات آثار الزواج نفذ أو طلب تنفيذه فى بلد أجنبى .

3- السبب ويتمثل فى علاقة الزوجية ذاتها حيث يؤثر انقضاء الزواج فى بلد أجنبى (مثلاً) فيضفى على العلاقة عنصراً أجنبياً

سابعاً: اتضح لى أن آثار الزواج كثيرة ومتعددة وأنها تبعاً لذلك تثير منازعات متعددة وأن أهم هذه الآثار: 1- الجنسية 2- الميراث 3- النفقة



ثامناً: اتضح لى أن الجنسية هى صفة تلحق الفرد ذات طبيعة سياسية وقانونية وتربط الفرد بدولة معينة وبمقتضاها يتم التوزيع القانونى للأفراد فى المجتمع الدولى .

تاسعاً: اتضح لى مع الراجح من أقوال العلماء معرفة الفقه الإسلامى لفكرة الجنسية مع بعض الاختلافات فى المصطلحات الحديثة كمصطلح الولاء والذمة والدار ولا مشاحة فى الاصطلاح .

عاشراً: اتضح لى ومع الراجح من أقوال العلماء أن الجنسية لدى فقهاء الإسلام أسست على الدين وأسس أخرى كالتوطن .

حادى عشر: اتضح لى أنه لا مانع من جهة الشرع فى استبدال المصطلحات الفقهية القديمة كمصطلح ( الحربى ، الذمى ، دار الحرب ، دار العهد ) بغيرها من المصطلحات التى تبعث على الأمان والسلام اللذان كرمهما الإسلام .

ثانى عشر : اتضح لى أن بعض الأنظمة القديمة والحديثة قد اتخذت من اختلاف الجنسية مانعاً من الزواج ( كاليهود ) كما أن بعض فقهاء الحنفية قد رأى اختلاف الجنسية بين غير المسلمين قاطعاً لرابطة الزوجية وهو قول مرجوح يقول الجمهور بخلاف ذلك .

ثالث عشر: اتضح لى أن الزوجة الأجنبية تتأثر جنسيتها ايجاباً عند زواجها من وطنى وكذلك عند تجنس زوجها أو وجود ما يدعم جنسية الزوج على جنسية الزوجة .

رابع عشر: اتضح لى اعتناء الفقه الإسلامى والقوانين الحديثة باحترام إرادة الزوجة فى دخول الجنسية بغير إلزام .

خامس عشر: اتضح لى أن الزواج المعول عليه فى مجال اكتساب جنسية الزوج هو الزواج الصحيح وذلك فى الفقه الإسلامى والقوانين الحديثة .

سادس عشر: اتضح لى أنه لا يوجد فى حكم الإسلام وثوابه واجتهاد فقهائه مانعاً من وضع الشروط التى وضعتها القوانين الحديثة فى مجال الجنسية كشرط مرور سنة على الزواج ( مثلاً ) وكذا غيرها من الشروط .

سابع عشر: ( الاستقلال والتبعية فى الجنسية ) لقد اعتنق المقنن المصرى نظرية التبعية ردحاً من الزمن ثم تخلى عنها تأثراً باستقلال الجنسية بصدور قانون ( 1950 ) وأن الفقه الإسلامى قد اعتنق منهجاً وسطاً بين التبعية المطلقة والاستقلال المطلق .

ثامن عشر: وضع القانون ضمانات وشروط شكلية وتطلب توثيق الزوج بينما لم يصرح الفقه الإسلامى القديم بغير الشهادة ومع ذلك لا يوجد فى فكر الفقه الإسلامى ما يمنع من قبول فكرة التوثيق لأهمية الزواج .

تاسع عشر: اتضح لى أن زواج الوطنية من أجنبى قد يؤثر على جنسيتها بالفقد وكذلك عند تجنس الزوج الوطنى بجنسية أجنبية وكذلك عند زواج المتجنسة طارئاً من أجنبى أو استردادها لجنسيتها الأولى وأنه لا يوجد خلاف بين القانون والفقه الإسلامى فى ذلك .

عشرون: إن الردة تؤثر على جنسية المسلم بالفقد حيث تمثل خروجاً على النظام فى دولة الإسلام .

إحدى وعشرون: أن تغيير الزوج لجنسيته تغيراً إرادياً لا يؤثر على جنسية الزوجة وذلك فى القانون والفقه الإسلامى على السواء .



اثنان وعشرون: أن الزوجة التى اكتسبت الجنسية المصرية بسبب زواجها من وطنى أو تجنس زوجها بالجنسية المصرية وتبعته فيها قد تفقد هذه الجنسية فى عدة أحوال قررها المقنن المصرى وقد توسع فيها الفقه الإسلامى ويستحسن بالمقنن المصرى أن يضيق تلك الحالات التى تمثل مساساً للكيان والموروث الدينى للمسلمين وغير المسلمين فى مصر وذلك كمكتسب الجنسية الذى يتعرض للذات العلية أو يسب النبى ( صلى الله عليه وسلم )

ثلاثة وعشرون: أن الفقه الإسلامى وبرغم عدم تنظيمه الصريح لاسترداد الجنسية والتى نظمها القانون إلا أنه توجد فروض متصورة ودلائل مؤكدة لذلك التنظيم قياساً على القواعد الفقهية والأصول الشرعية .

أربعة وعشرون: أن المقنن المصرى مدعو إلى النص على استرداد الوطنية للجنسية التى فقدتها بزواج من أجنبى متى أسلمت وذلك تأكيداً على هوية مصر كبلد إسلامى غالبية سكانه من المسلمين .

خمسة وعشرون: اتضح وجود ثلاثة اتجاهات فى خصوص تأثر زواج الجنبى من وطنية على جنسية الزوج وأن القانون المصرى والفقه الإسلامى لا يرى تأثيراص لهذا الزواج على جنسية الزوج .

سادس وعشرون: إن القانون المصرى متفق مع الفقه الإسلامى فى مجال اكتساب الأبناء لجنسية الأب وخاصة فيما يلى :-

1- متى ولد الأب مسلم أو مصرى بحسب لغة الفقه أو القانون .

2- متى أسلم أبوه أو تجنس بجنسية الدولة .

3- يشترط فى الابن حتى يكتسب جنسية والده الطارئة أن يكون الابن قاصراً .

سبعة وعشرون: أن الابن لا يتأثر بفقد والده للجنسية إلا فى حالة واحدة فى الفقه الإسلامى وهى الحالة التى يخرج فيها الابن من دار الإسلام خروجاً دائماص على نية اللاعودة بخلاف القانون المصرى الذى ذكر ثلاث حالات لذلك .

ثمانية وعشرون: اتضح من عرض مسألة تأثير الأم فى جنسية الأبناء عدة نتائج أهمها :-

1- أن الفقه الإسلامى قد ساوى بين الرجل والمرأة فى شأن نقل الجنسية إلى الأولاد على حد سواء .

2- أن المقنن المصرى كان يفرق بين الأب والأم فى إمكانية نقل الجنسية إلى الأولاد ولم يتخلص المقنن المصرى من هذه التفرقة إلا بصدور القانون رقم 154 لسنة 2004م ولم تكن التسوية تامة حيث جعل لوزير الداخلية سلطة تقديرية فى منح الجنسية لأبناء الأم .

3- أن الفقه المصرى انقسم فى ظل تقنين القديم بين مؤيد ومعارض لمنهج المقنن المصرى فى عدم التسوية بين الأب والأم فى نقل الجنسية للأولاد أن حجج المؤيدين لمسلك المقنن المصرى كانت واهية .

4- أن تشريع الجنسية المصرى لا زال يحتاج إلى تنقيح وتعديل حتى يتوافق مع الفقه الإسلامى الذى إذا أعمل أحكامه وتنظيمه لوصل إلى ما لم يصل إليه أفضل القوانين الحديثة .

5- أن أبناء الأم المصرية التى تزوجت من أجنبى بالمخالفة لأحكام القانون المصرى أو الشريعة الإسلامية يستحق أولادها من هذا الزواج الحصول على الجنسية المصرية مثل أولاد الأم التى تتزوج زواجاً صحيحاً .



6- إن الفقه الإسلامى برئ من التفرقة بين الوالدين فى مجال الجنسية وأن المقنن المصرى قد تأثر بهذه التفرقة ببعض القوانين الغربية

تسعة وعشرون : برغم اتفاق الأنظمة المختلفة على الاعتداد بالزواج كسبب للميراث إلا أنها اختلفت فى مقداره .

ثلاثون: إن الشريعة الإسلامية قد أنصفت المرأة فى مجال ميراث الزوجين كما اتضح ذلك من خلال الرسالة .

اتفق القانون المصرى فى موانع الميراث وكذا شروط استحقاقه وأن الزواج الباطل لا يصلح سبباً للتوارث حتى فى حق غير المسلمين وأن المقنن المصرى قد وحد الاختصاص القانونى بحكم مسائل المواريث بين المسلمين وغير المسلمين فى مسائل المواريث عند صدور القانون المدنى لعام 1948م ولا يجوز تطبيق الشرائع الملية إلا بتراضى جميع الورثة على ذلك .

إحدى وثلاثون: أن الأنظمة القانونية لم تتفق على كلمة سواء بخصوص القانون الواجب تطبيقه على الميراث وقد اتخذ البعض من جنسية المورث ضابطاً للإسناد بينما رأى البعض أن آخر موطن للمورث هو ضابط الإسناد وقد فرق بعض آخر بين العقار والمنقول ورآه بعض رابع خاضعاً لقانون الإرادة وانحاز المقنن المصرى إلى الاعتداد بقانون جنسية المورث وقت وفاته .

اثنان وثلاثون : أن الزوجين المسلمين يجرى بينهما التوارث طبقاً لأحكام الإسلام ولا يؤثر فى ذلك زمان ولا مكان ولا مذهب وأن المسلم لا يرثه إلا مسلم ، وأن المسلم لا يرث غير المسلم طبقاً للراجح عند جمهور الفقهاء ، وأن الزوجين غير المسلمين لا يتوارثان بسبب الزواج إذا كان باطلاً ومحرم فى الإسلام تحريماً قطعياً ، وأن اختلاف الدين مانع من

الميراث فى حق غير المسلمين والراجح أن غير المسلمين ملة واحدة وأنه يعتد باختلاف الدار وبشرط ارتفاع العصمة بين البلدين لمنع الميراث طبقاً للراجح.

ثلاثة وثلاثون: عندما يتوارث زوجان من غير المسلمين فإنه يتم التوارث طبقاً للملة أو الشريعة التى تحكم كل حالة على النحو التالى :-

1- إذا تم التوارث بالتراضى ودون اللجوء للقضاء فإنه يتم طبقاً لإرادتهم واتفاقهم .

2- الميراث الذى تم تقسيمه قبل إسلام أحد الورثة أو جميعهم فإنه طبقاً للراجح يتم على ما كان قبل الإسلام .

3- حينما يحتكم غير المسلمين الوطنيين إلى القضاء الإسلامى فى تقسيم التركة بينهم أو يسلموا فقد قرر الفقهاء خضوع التقسيم للشريعة الإسلامية .

4- إذا كان أطراف التوارث من غير المسلمين وغير الوطنيين ( الأجانب ) فإن الفقهاء متمسكون بإعمال أحكام الشريعة الإسلامية فى تقسيم تركتهم .

أربعة وثلاثون: أن الزوج المسلم لا يرث من الزوجة غير المسلمة طبقاً للراجح وأنها لا ترث منه بالاتفاق وتجوز بينهما الوصية والهبة .

خمسة وثلاثون: أن أساس تقدير نفقة الزوجية يقوم على الاعتداد بحال الزوج مع مراعاة حال الزوجة ومتطلباتها وبترك تحديد مقدار النفقة للقاضى مراعياً فى ذلك العرف والحالة الاجتماعية والاقتصادية والزمان والمكان وهو ما عليه العمل لدى القضاء المصرى .

ستة وثلاثون: كان منهج المقنن المصرى فى التيسير على الزوجة من أجل الحصول على نفقتها يتفق مع منهج الفقه الإسلامى .



سبعة وثلاثون: أن النفقة واجبة فى الإسلام على الزوج وحده وان بعض الشرائع قد جعلها إلتزام تبادلى وهذه ميزة للشريعة الإسلامية .

ثمانية وثلاثون: لقد ساوى الفقه الإسلامى فى استحقاق نفقة الزوجية بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة بلا تمييز بينهما على أساس من الدين وهو الوضع الذى قننته الاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة وكذلك التسوية بينهما فى المقدار المستحق .

تسعة وثلاثون: لا يؤثر تغيير الدين اللاحق على نفقة الزوجين متى كان التغيير إلى الإسلام وأما ردة الزوج فلا تؤثر على استحقاق الزوجة للنفقة وتؤثر ردتها هى على نفقتها ، بينما رتب بعض أصحاب الشرائع الملية على تغيير أحد الزوجين لدينه الطلاق ولكن فى هذه الحالة يتم إعمال أحكام الشريعة الإسلامية وأن المقنن المصرى قد أغفل النص على الحالة التى يسلم فيها الزوج وتظل الزوجة على دينها غير الكتابى وكذلك الحالة التى تسلم فيها الزوجة ويظل الزوج على دينه ويا حبذا لو قنن المشرع المصرى هاتان الحالتان .

أربعون: إن نفقة الزوجية لا تكون إلا فى الزواج الصحيح ومن تاريخ العقد الصحيح .

واحد وأربعون: لقد تعامل الفقه الإسلامى بشمولية مع مسألة تحديد القانون واجب التطبيق في علاقات الزوجية المتعددة الديانة أو الجنسية ومن ثم داعى الفقه الإسلامى القانون أو المعتقد الذى نشأ الزواج فى ظلاله وداعى شريعة البلد العامة وبالتالى جاء القانون واجب التطبيق متعدداً وهو ما رآه جمهور فقهاء الإسلام بينما اتجه أبو حنيفة إلى وحدة هذا القانون وأنه يتمثل فى معتقد أو ملة أو قانون الزوجين الذى نشأ الزواج فى ظلاله

والذى استمر خاضعاً له حتى وقت التداعى للقاضى المسلم ثم جاء القانون المصرى ليقرر وحده القانون الواجب تطبيقه وأنه قانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، ولم يكن هذا الموقف من المقنن المصرى تأثراً بمذهب أبى حنيفة وإنما تأثراً بالقوانين والاتجاهات الوضعية الحديثة ، ذلك أن أبا حنيفة وإن كان يرى وحده القانون الواجب تطبيقه إلا أن هذه الوحدة داخلها تعدد حيث يراعى قانون الزوجين معاً وإنما التصق مسلك أبى حنيفة بوحدة القانون بما أقره من تطبيق قانون غير المسلمين وحدهم على آثار أنكحتهم ولم يقل بتطبيق أحكام الإسلام عليهم مراعياً فى ذلك الأمر الواقع فيما تم قبل التداعى أو الإسلام .

<u>اثنان وأربعون</u>: قد راعى الفقه الإسلامى ( الغالب ) متطلبات العقل والعدل والمنطق بمراعاة ما تم من آثار الزواج وفقاً للقانون الذى تم ونشأ فيه ، وراعى متطلبات الشرع الحنيف الذى يجب الخضوع له والذى يجب على القاضى المسلم إعماله وإلا كان آثماً وهو منهج يحسن بالمقنن المصرى أن يراعيه فى بلد دينه الإسلام وغالبية سكانه من المسلمين حتى لا يكلف القاضى بإعمال غير ما يعتقد ومن ثم يتخلص القانون المصرى من رواسب الاستعمار الفكرى والثقافى تمهيداً لإعمال الشرع الحنيف فى دنيا الناس .

<u>ثلاثة وأربعون</u>: اجتهد الفقهاء فى وضع إطار يدخل تحت نطاقه إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج .

<u>أربعة وأربعون</u>: جاء الإسلام مؤكداً استقلالية المرأة عن الرجل فى الحقوق المدنية والتصرف فى أموالها ( أهلية المرأة المتزوجة ) بينما ظلت المرأة فى أوروبا ناقصة الأهلية ولم تتحدد منها بشكل كامل حتى الآن .



<u>خمسة وأربعون</u>: قرر المقنن المصرى استثناءً بمقتضاه يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق متى كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج .

<u>ستة وأربعون</u>: ( الدفع بالنظام العام ) تعد الفوارق بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى قليلة بسبب أن القانون فى مسائل المواريث هى الشريعة الإسلامية ويمثل الدفع بالنظام العام تحديد طيب فى مجال المواريث عامة ومواريث الزوجين خاصة فمتى كان الزوجان مسلمين فأى مخالفة قانونية من القانون المشار إليه بقاعدة الإسناد يمثل خرقاً لقواعد المواريث فى الإسلام المحكمة وبالتالى يدفع فى مواجهته بالنظام العام وكذلك إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة تغليباً لأحكام الإسلام .

أما الحالة التى يكون فيها كلا الزوجين من غير المسلمين ولكن أحدهما مصرى فإن المصلحة هى المعيار فى الحالة الماثلة فإذا ما كان القانون الأجنبى الذى عينته قاعدة الإسناد يضر بحقوق الطرف المصرى ضرراً كبيراً امتنع القاضى المصرى عن إعماله ، وفى الحالة التى يكون فيها الزوجين من الأجانب غير المسلمين فإن الدفع بالنظام العام يدخل من جهة عدم قبول التفرقة العنصرية أو الجنسية وعدم قبول إهدار كيان وكرامة الإنسان .

<u>سبعة وأربعون</u>: جاء الدفع بالنظام العام فى مجال آثار الزواج قليل الفعالية نظراً لوجود الاستثناء الذى وضعه المقنن المصرى مما قلل من فرصة إعمال القانون الجنبى أصلاً وكذلك الفقه الإسلامى ألزم القاضى المسلم بإعمال قواعد الشريعة .

<u>ثمانية وأربعون</u>: ( الدفع بالنظام العام فى مجال الجنسية ) إن جوهر الجنسية مختلف فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون المصرى فإذا كانت

الجنسية فى القانون المصرى علمانية مستمدة من القوانين الغربية فإن الجنسية فى الفقه الإسلامى قائمة على أسس دينية وواقعية فإن الفقه الإسلامى لا يقيم وزناً لقانون الجنسية إذا خالف أحكام الشريعة وهذه دعوة للمقنن المصرى أن يراجع تقنين الجنسية المصرى وأن يضفى عليه الطابع الإسلامى خاصة وأن مصر بلد إسلامى وغالب سكانها مسلمون وهذه حقيقة قد تم تجاهلها لعقود طويلة تأثراً بثقافة وفكر الاستعمار الذى لا تزال سمومه فى دمائنا .

تسعة وأربعون: لقد أكدت على مدى البحث أن القاضى المسلم لا يجوز له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية حتى بين غير المسلمين ولما كان هذا مشعراً بالحرج فقد رأيت أن أختم بحثى بدراسة فكرة التخلى عن نظر الدعوى كمخرج للقاضى من هذا الحرج حيث أنه محكوم بالقوانين وحتى لا يهتم بإنكار العدالة .

خمسون: اتضح لى رجحان من قال بتخيير القاضى وبالتالى جواز التخلى عن الاختصاص ولكن بشرط أن يراعى القاضى الضوابط التى وضعها أصحاب نظرية التخلى والرابطة الوثيقة ويا حبذا لو قنن المشرع المصرى هذه النظرية بهذه الضوابط .

سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .



